

1. Kreditgewährung in Krisenzeiten

In Zeiten der Krise möchten viele Gesellschafter ihrem Unternehmen durch Zuführung von frischem Kapital zu einem Aufschwung verhelfen. Dem Gesellschafter steht es grundsätzlich frei, dieses frische Kapital in Form einer Kapitalerhöhung, in Form von Zuschüssen und Nachschüssen oder in Form eines Kredits zu gewähren (Finanzierungsfreiheit). Der Unterschied zwischen den vorher genannten Möglichkeiten des Gesellschafters, der Gesellschaft frisches Kapital zuzuführen, liegt vor allem in der anschließenden Rückführung des vom Gesellschafter erhaltenen Finanzbedarfs. Bis zur ersten Rsp des OGH waren vom Gesellschafter gewährte Kredite nicht von einer Rückzahlungssperre umfasst und vom Gesellschafter bestellte Sicherheiten für von Dritten gewährte Kredite galten nicht als Eigenkapital ersetzend. Die Rückzahlung konnte daher trotz Krise veranlasst werden. Dies führte zu einer Schlechterstellung der Gläubiger, die grundsätzlich – im Gegensatz zum kreditgewährenden Gesellschafter – keine Kenntnis von der Krise hatten.

Im Zuge der ersten Rsp des OGH wurde daher die Finanzierungsfreiheit des Gesellschafters in der Krise zu Gunsten der Gläubiger eingeschränkt. Mittlerweile unterliegen Kredite, die in der Krise gewährt werden und somit Eigenkapital ersetzend sind, sowie aus Eigenkapital ersetzenden Sicherheiten resultierende Regressansprüche durch das EKEG strengeren gesetzlichen Rückzahlungsvorschriften.

Dieses Werk untersucht folgende Themenbereiche:

- Wann liegt ein Eigenkapital ersetzender Kredit vor, der zur Anwendung des EKEG führt?
- Welchen Rückzahlungsvorschriften unterliegen Eigenkapital ersetzende Kredite und Sicherheiten in der Krise?
- Wann liegt eine unzulässige Rückzahlung vor? Das Hauptaugenmerk liegt hierbei auf dem direkten Verhältnis und der Abgrenzung der unzulässigen Rückzahlung von anderen Rechtsinstrumenten.
- Wie ist der Rückerstattungsanspruch der Gesellschaft aufgebaut: Wie, von wem und gegen wen kann dieser geltend gemacht werden?
- Welche zivil- und strafrechtlichen Rechtsfolgen zieht eine unzulässige Rückzahlung nach sich?

2. Einführung in das Eigenkapitalersatzgesetz

2.1. Geschichte

Vor der Einführung des EKEG im Jahr 2004 waren die zentralen Elemente des Gesetzes bereits Ausfluss der Rsp des OGH. In seiner Entscheidung zum Eigenkapitalersatz vom 8.5.1991¹ begründete der OGH seine rechtliche Würdigung bezüglich Eigenkapital ersetzenden Krediten wie folgt:

OGH 8.5.1991, 8 Ob 9/91

Es besteht kein Zweifel, daß auch in der Krise des Unternehmens den Gesellschafter einer GmbH keine Finanzierungspflichten treffen. Wenn aber im Falle der Kreditunwürdigkeit der Gesellschaft von einem Gesellschafter ein Darlehen gewährt wird, drängt sich eine Analogie zu den Rückzahlungsvoraussetzungen für Nachschüsse nach § 74 GmbHG auf. [...] Machen die Gesellschafter vom Finanzierungsinstrument der Nachschüsse keinen Gebrauch und greifen stattdessen auf die 'Quasi-Eigenfinanzierung' durch Gesellschafterdarlehen, so liegt, wenn mit dieser Finanzierungsmethode für Gläubiger die gleichen Gefahren verbunden sind, denen der Gesetzgeber bei der Rückzahlung von Nachschüssen vorbeugen wollte, eine Regelungslücke vor, die durch Analogie zu schließen ist (Ostheim, aaO, 132; Reich-Rohrwig, GmbH-Recht 566).

Daraus folgt, daß im Falle der Gewährung eines Darlehens durch einen Gesellschafter einer GmbH bei Kreditunfähigkeit der Gesellschaft dieses Darlehen dem Rückzahlungsverbot in Analogie des § 74 Abs. 1 GmbHG unterliegt. Dieses Darlehen darf daher bis zur nachhaltigen Sanierung der Gesellschaft weder mittelbar noch unmittelbar zurückgezahlt werden.²

Laut der Rsp des OGH liegt ein Eigenkapital ersetzendes Darlehen dann vor,

wenn die Gesellschaft im Zeitpunkt der Darlehensgewährung kreditunfähig war, d.h., daß sie von dritter Seite zu marktüblichen Bedingungen hätte keinen Kredit mehr erhalten können und ohne die Zuführung von Eigenkapital oder Gesellschafterdarlehen hätte liquidiert werden müssen. Bei der Beurteilung der Frage der Kreditfähigkeit kommt es auf die konkrete Finanzierungslage der Gesellschaft [...] aber auch auf das konkrete Darlehen, seine Laufzeit, seinen Umfang und die Art der Besicherung sowie auch die Finanzpläne der Gesellschaft an.³

Mit dieser Entscheidung übernahm der OGH ua die bereits Jahre zuvor in der deutschen Rsp entwickelten Grundsätze zu Eigenkapital ersetzenden Krediten.⁴

1 OGH 8.5.1991, 8 Ob 9/91.

2 Die im Zitat erwähnten Quellen lauten wie folgt: *Ostheim*, Eigenkapitalersetzende Gesellschafterdarlehen in der Unternehmenskrise, GesRZ 1989, 122 ff (173 ff); *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht (1983).

3 OGH 8.5.1991, 8 Ob 9/91; 20.11.1991, 1 Ob 617/91.

4 OGH 8.5.1991, 8 Ob 9/91; für die pauschale Übernahme der Grundsätze des § 32a dGmbHG siehe auch OGH 27.1.1993, 9 ObS 15/92. Die in §§ 32a und 32b dGmbHG normierten Regelungen betreffend Eigenkapital ersetzende Kredite sind mit dem MoMiG vom 23.10.2008 weggefallen. Es fand eine Verlagerung des Eigenkapitalersatzrechts ins Insolvenzrecht statt (*Bauer/Zehetner in Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG [Stand 1.12.2017, rdb.at] § 82 Rz 162).

Sowohl die österreichische als auch die deutsche Rsp hatten bei den ersten Entscheidungen zu Eigenkapital ersetzenden Krediten keine direkte gesetzliche Grundlage, auf die sie sich berufen hätten können.⁵ In Österreich stützte sich die Judikatur daher, wie bereits oben ausgeführt, auf eine analoge Anwendung des § 74 GmbHG, der eine Rückzahlungssperre von vom Gesellschafter eingezahlten Nachschüssen bei Vorliegen einer Unterbilanz normiert. Gemäß § 74 GmbHG können einbezahlte Nachschüsse, „soweit sie nicht zur Deckung eines bilanzmäßigen Verlustes am Stammkapital erforderlich sind, an die Gesellschafter zurückgezahlt werden“.

Die analoge Anwendung des § 74 GmbHG basierte auf der Ähnlichkeit des Eigenkapital ersetzenden Kredits zu den Nachschüssen. Mit den Eigenkapital ersetzenden Krediten wurde in der Praxis jener Zweck erfüllt, für den der Gesetzgeber die Regelung zu den Nachschüssen vorgesehen hatte. Auch mit Eigenkapital ersetzenden Krediten konnte der Gesellschaft schnell und unverbindlich Haftungsvermögen zur Verfügung gestellt werden, das (außerhalb der Krise) rasch wieder abgezogen werden konnte.⁶

Die Lehre kritisierte ursprünglich die analoge Anwendung des § 74 GmbHG stark, da keine Gesetzeslücke vorgelegen sei, die eine Analogie gerechtfertigt hätte.⁷ Zudem sprach sich die Lehre gegen eine sanierungsfeindliche Rsp aus, da Gesellschafter eher dazu angehalten seien, in der Krise keine Eigenkapital ersetzenden Kredite zu gewähren. Darüber hinaus führe die Regelung, um eine „Umqualifizierung eines stehen gelassenen Kredites in einen Eigenkapital ersetzenden Kredit“⁸ zu vermeiden, kurz vor der Krise zu einer Rückzahlung von jenen Krediten, die vor der Krise gewährt wurden.⁹

Im Zuge des Gesellschafts- und Insolvenzrechtsänderungsgesetzes 2003 (GIRÄG 2003) trat das heute bekannte EKEG mit 1.1.2004 in Kraft.¹⁰ Gemäß § 18 EKEG ist

- 5 Karollus in *Buchegger*, Österreichisches Insolvenzrecht: Erster Zusatzband (2009) Vor § 1 EKEG Rz 5.
- 6 *Schummer*, Zur Rückzahlung eigenkapitalersetzender Gesellschafterdarlehen, *ecolex* 1993, 312.
- 7 *Zehetner/Bauer*, Eigenkapitalersatzrecht (2004) 13 ff; *Koppensteiner*, GmbHG (1994) § 74 Rz 10 ff; *Koppensteiner*, GmbHG², § 74 Rz 11 und 21; *Ch. Nowotny*, Die Entwicklung der GmbH im Spiegel der Literatur, *RdW* 1994, 70; *Berger*, Rechtsfolgen kapitalersetzender Finanzierungsleistungen, *ÖBA* 1996, 837, der jedoch das Eigenkapitalersatzrecht auf einen Vertrauenshaftungstatbestand stützen wollte; *Schummer*, Das Eigenkapitalersatzrecht (1998) 314 ff; differenzierend *Harrer*, Die Krise des Eigenkapitalersatzrechts, *GesRZ* 1998, 183 (185).
- 8 Seit der Einführung des EKEG werden stehengelassene Kredite in § 3 Abs 1 Z 3 EKEG explizit von der Anwendung des EKEG ausgeschlossen (dazu ausführlicher unter Kapitel 2.2.2.).
- 9 *Bauer/Zehetner* in *Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG (Stand 1.12.2017, rdb.at) § 82 Rz 164; *Zehetner/Bauer*, Eigenkapitalersatzrecht, 40 f mwN; *Schummer*, Eigenkapitalersatzrecht, 74; *Claussen*, Zeitenwende im Kapitalersatzrecht, *GmbHR* 1994, 9; *Dellinger*, Kritik am Eigenkapitalersatzrecht, Drittkredit und Gesellschaftersicherheit, *ÖBA* 1998, 601; *Harrer*, *GesRZ* 1998, 183 (185); *Harrer*, Die stille Gesellschaft in der Krise des Geschäftsinhabers, *GesRZ* 1999, 218; *Koppensteiner*, Kritik des „Eigenkapitalersatzrechts“, *wbl* 1997, 489; *Schummer*, Die Gegenwart und (ungewisse) Zukunft des Eigenkapitalersatzrechts, *GesRZ* 2000, 246.
- 10 Gesellschafts- und Insolvenzrechtsänderungsgesetz – GIRÄG 2003, BGBl I 2003/92.

das EKEG auf Sachverhalte anzuwenden, die nach dem 31.12.2003 verwirklicht wurden. Eine Rückwirkung wurde vom Gesetzgeber bewusst nicht vorgesehen.¹¹

Grund für die Einführung des EKEG waren Überlegungen zur Einordnung der Gläubigerstellung eines Gesellschafters in der Krise seiner Gesellschaft. Da ein Gesellschafter maßgeblichen Einfluss auf die Sanierungsmöglichkeiten einer Gesellschaft ausüben kann, sollte dieser auch das Risiko der Sanierung auf sich nehmen und das Risiko nicht auf die Gläubiger abwälzen.¹² Zudem beruht ein Kredit, den der Gesellschafter in der Krise (einer kreditunwürdigen Gesellschaft) gewährt, auf der Freizügigkeit des Gesellschafters. Der Gesellschafter kann in einer Krise nicht zur Aufbringung von weiterem Kapital gezwungen werden. Es wurde somit ein Kompromiss zwischen dem Gläubigerschutz und der Finanzierungsfreiheit des Gesellschafters geschaffen. Der Gesellschafter soll nicht den gleichen Schutz erhalten wie ein Gläubiger, der keinen Einfluss auf die Gesellschaft ausüben kann.¹³

2.2. Grundbegriffe

Wann ein für das EKEG relevanter Sachverhalt vorliegt, ist aus dem Grundtatbestand ersichtlich.

§ 1 EKEG

Ein Kredit, den eine Gesellschafterin oder ein Gesellschafter der Gesellschaft in der Krise gewährt, ist Eigenkapital ersetzend.

Um den Grundtatbestand in seiner Gesamtheit zu verstehen, müssen somit folgende Begriffe genauer erläutert werden:

- Wann liegt eine Krise vor?
- Welche Kredite können Eigenkapital ersetzend sein?
- Welche Gesellschaftsformen sind betroffen?
- Wer ist erfasster Gesellschafter?
- Was bedeutet Eigenkapital ersetzend bzw welche Rechtsfolgen sind damit verbunden?

2.2.1. Krise gemäß § 2 EKEG

§ 2 Abs 1 EKEG

Die Gesellschaft befindet sich in der Krise, wenn sie

1. zahlungsunfähig (§ 66 IO) oder
2. überschuldet (§ 67 IO) ist oder wenn
3. die Eigenmittelquote (§ 23 URG) der Gesellschaft weniger als 8% und die fiktive Schuldentilgungsdauer (§ 24 URG) mehr als 15 Jahre betragen, es sei denn, die Gesellschaft bedarf nicht der Reorganisation.

11 OGH 21.6.2007, 6 Ob 117/07k.

12 *Kalss in Kalss/Rüffler*, Eigenkapitalersatz im österreichischen, italienischen und slowenischen Recht (2004) 21.

13 *Kalss in Kalss/Rüffler*, Eigenkapitalersatz, 29 f.

Damit ein Kredit als Eigenkapital ersetzend eingestuft werden kann, reicht es aus, wenn einer der drei Krisenindikatoren bei Gewährung objektiv erfüllt ist. Eine subjektive Kenntnis des Gesellschafters von der Zahlungsunfähigkeit, der Überschuldung oder den relevanten URG-Kennzahlen (Eigenmittelquote weniger als 8 %, fiktive Schuldentilgungsdauer mehr als 15 Jahre) wird nicht vorausgesetzt.¹⁴ Bei Gesellschaften, die besonderen gesetzlichen Eigenmittelerfordernissen unterliegen, stellt gem § 2 Abs 3 EKEG neben der Zahlungsunfähigkeit (§ 66 IO) und der Überschuldung (§ 67 IO) nicht das Vorliegen der URG-Kennzahlen einen Krisenindikator dar, sondern die Nichteinhaltung der jeweiligen Eigenmittelerfordernisse. Beispiele solcher Gesellschaften sind ua Kreditinstitute, Versicherungs- und Wertpapierunternehmen.¹⁵

Zahlungsunfähig gem § 66 IO ist eine Gesellschaft, wenn die fälligen Schulden die liquiden Mittel einer Gesellschaft übersteigen und die Gesellschaft sich die liquiden Mittel auch nicht alsbald verschaffen kann. Hierbei muss eine Abgrenzung zur Zahlungsstockung erfolgen. Eine Zahlungsstockung liegt vor, wenn dieser Umstand nur vorübergehend besteht.¹⁶ Ein Kredit iSd EKEG wird bei der Überprüfung der Zahlungsunfähigkeit mangels Fälligkeit nicht als fällige Schuld angeführt. Wenn jedoch ein Dritter einen Kredit geleistet hat, der durch einen Gesellschafter besichert wurde, und lediglich die Sicherheit als Eigenkapital ersetzend einzustufen ist, ist die Forderung des Dritten – sofern diese fällig ist – bei der Überprüfung der Zahlungsunfähigkeit zu berücksichtigen – auch wenn der Dritte gem § 15 Abs 2 EKEG direkt auf den Gesellschafter greifen könnte bzw die Gesellschaft nach Leistung an den Dritten Erstattung vom Sicherheiten gebenden Gesellschafter verlangen kann (§ 15 Abs 3 EKEG).¹⁷

Überschuldung gem. § 67 IO liegt vor, wenn kumulativ sowohl eine negative Fortbestehensprognose als auch eine rechnerische Überschuldung bestehen. Die Fortbestehensprognose ist negativ, wenn die Gesellschaft in Zukunft voraussichtlich die Zahlungsfähigkeit nicht aufrechterhalten kann oder wenn die Gesellschaft in einer weiter gehenden Prüfung in der Zukunft keine positive Unternehmensentwicklung erwartet. Eine rechnerische Überschuldung liegt vor, wenn die Bilanz zu Liquidationswerten negativ ist. Hierbei werden die vorhandenen Aktivposten samt stillen Reserven den Verbindlichkeiten und den Rückstellungen für ungewisse Verbindlichkeiten gegenübergestellt.¹⁸ Bei der Überschuldungsprüfung ist ein Kredit iSd EKEG grundsätzlich zu berücksichtigen. Sofern der Gesellschafter jedoch eine Rangrücktrittserklärung gem § 67 Abs 3 IO abgibt, muss der Kredit nicht berücksichtigt werden.

14 Schopper/Vogt in Koller/Lovrek/Spitzer, Insolvenzordnung (2019) § 2 EKEG Rz 20.

15 Karollus in Buchegger, Insolvenzrecht, § 2 EKEG Rz 34.

16 OGH 19.1.2011, 3 Ob 99/10w.

17 Schopper/Vogt in Koller/Lovrek/Spitzer, IO, § 2 EKEG Rz 6.

18 Ausführlich dazu Jaufer, Das Unternehmen in der Krise,³ (2014) 69 ff.

2. Einführung in das Eigenkapitalersatzgesetz

Für die Ermittlung der relevanten URG-Kennzahlen, die ebenfalls Krisenindikatoren gem § 2 Abs 1 Z 3 EKEG sind, werden die Eigenmittelquote und die fiktive Schuldentilgungsdauer berechnet. Nur wenn die Kennzahlen *kumulativ* vorliegen, ist der Tatbestand des § 2 Abs 1 Z 3 EKEG erfüllt.

- Bei der Berechnung der Eigenmittelquote wird das Verhältnis der fremdfinanzierten Vermögenswerte zu den eigenfinanzierten Vermögenswerten ermittelt. Hierbei wird der Prozentsatz berechnet, der sich aus dem Verhältnis zwischen Eigenkapital zuzüglich unverteilter Rücklagen und Gesamtkapital vermindert um die von den Vorräten absetzbaren Anzahlungen ergibt.¹⁹
- Bei der Berechnung der fiktiven Schuldentilgungsdauer wird ermittelt, wie lange man für die Schuldentilgung zuzüglich der Tilgung der ungewissen Verbindlichkeiten brauchen würde, wenn man jährlich den gesamten Mittelüberschuss dafür aufwendet.²⁰

Für das Vorliegen des Krisenkriteriums ist die tatsächliche Ermittlung der URG-Zahlen nicht notwendig. Es reicht aus, wenn die Zahlen aus einem rechtzeitig aufgestellten Jahresabschluss ersichtlich wären bzw der Kreditgeber wusste oder wissen hätte müssen, dass ein Jahresabschluss diese aufzeigt.²¹ Sofern die relevanten URG-Kennzahlen vorliegen, jedoch ein Reorganisationsbedarf verneint wird, liegt keine Krise iSd § 2 EKEG vor. Die Verneinung eines Reorganisationsbedarfs erfolgt gem § 26 URG durch ein Gutachten eines Wirtschaftstreuhänders, der zur Prüfung des Jahresabschlusses befugt ist. Sofern der Reorganisationsbedarf bejaht und ein Reorganisationsverfahren eingeleitet wird, bedeutet dies eine Besonderheit für die Kreditgewährung iSd EKEG. § 21 URG normiert, dass „*Reorganisationsmaßnahmen nicht den Bestimmungen des Eigenkapitalersatzrechts unterliegen*“. Somit sind die URG-Kennzahlen zwar grundsätzlich ein Krisenindikator gem § 2 Abs 1 Z 3 EKEG, bei Einleitung eines Reorganisationsverfahrens ist aber ein vom Gesellschafter gewährter Kredit nicht vom EKEG erfasst. Aus diesem Grund führt das Vorliegen der „URG-Kennzahlen“ nicht automatisch zu einem Eigenkapital ersetzenden Kredit. Da jedoch trotz Vorliegens eines Reorganisationsbedarfs nur selten ein Reorganisationsverfahren eingeleitet wird, gelangen die URG-Kennzahlen in der Praxis sehr wohl als Krisenkriterium zur Anwendung.

Anders als das URG sieht die mit 17.7.2021 in Kraft getretene Reorganisationsordnung (ReO) keine Ausnahme von den Eigenkapital ersetzenden Regelungen für Gesellschafterkredite vor, die als Restrukturierungsmaßnahme während eines anhängigen Restrukturierungsverfahrens iSd ReO geleistet wurden. Solche Maßnahmen wären daher, sofern die Voraussetzungen des EKEG erfüllt sind, Eigen-

19 *Lichtkoppler/Reisch*, Handbuch Unternehmenssanierung² (2018) Rz 1.38.

20 *Lichtkoppler/Reisch*, Handbuch Unternehmenssanierung² (2018) Rz 1.39.

21 *J. Zehetner/U. Zehetner*, Zum neuen Eigenkapitalersatzgesetz (EKEG) – (Teil I), GBU 2004/02/08, 7.

kapital ersetzend. Dies würde dazu führen, dass die Forderung aufgrund einer Restrukturierungsmaßnahme – entsprechend einem Eigenkapital ersetzenden Kredit – als nachrangige Forderung iSd § 57a IO zu werten ist.²² Im Zuge des RIRL-UG hat der Gesetzgeber jedoch § 57a Abs 3 IO wie folgt ergänzt: „*Forderungen aufgrund von Finanzierungen, Zwischenfinanzierungen und sonstigen Transaktionen im Zusammenhang mit der Restrukturierung nach §§ 36a und 36b [Anmerkung: IO] sind nur dann nachrangige Forderungen, wenn die Nachrangigkeit vereinbart wurde.*“ Dass in der ReO das Eigenkapitalersatzrecht nicht erwähnt wird, lässt deshalb auf eine ungeplante Gesetzeslücke schließen. Daher wird wohl § 21 URG analog auf Finanzierungen, Zwischenfinanzierungen und sonstige Transaktionen iZm der Restrukturierung anwendbar sein, da sonst das EKEG iVm § 57a Abs 1 IO der Regelung in § 57a Abs 3 IO widersprechen würde.

2.2.2. Kreditgewährung gemäß § 3 EKEG

Kreditgewährung ist „*die rechtsverbindlich (einklagbar) begründete Verpflichtung, dem Kreditnehmer bestimmte Mittel zur Verfügung zu stellen*“.²³ Laut der Rsp des OGH (auch schon vor Inkrafttreten des EKEG) werden Kredite immer dann als Eigenkapital ersetzend eingestuft, „*wenn durch Zuführung eigener finanzieller Mittel des Gesellschafters in welcher Form auch immer der Liquiditätsbedarf der Gesellschaft verringert, dadurch deren Liquidation in der Krise hintangehalten und bei Außenstehenden der Eindruck einer genügenden Liquidität erweckt wird*“.²⁴

§ 3 Abs 1 EKEG enthält eine Negativabgrenzung der unter das EKEG fallenden Kredite.

§ 3 Abs 1 EKEG

Ein Kredit im Sinne des § 1 liegt nicht vor, wenn

1. ein Geldkredit für nicht mehr als 60 Tage oder
2. ein Waren- oder sonstiger Kredit für nicht mehr als sechs Monate zur Verfügung gestellt wird oder
3. ein vor der Krise gewährter Kredit verlängert oder dessen Rückzahlung gestundet wird.

Ein Geldkredit, der für weniger als 60 Tage gewährt wird, wird nicht vom EKEG erfasst.²⁵ Voraussetzung hierfür ist nicht nur die vertragliche Abrede über einen höchstens 60 Tage umfassenden Kredit, sondern die tatsächliche Rückführung binnen dieser 60 Tage.²⁶ Wenn dieser Überbrückungskredit nach den 60 Tagen

22 Dazu ausführlich Kapitel 2.5.

23 *Harrer*, Das neue Eigenkapitalersatzrecht, wbl 2004, 201.

24 OGH 24.2.2000, 8 Ob 136/99d.

25 Trotz der Ausnahme von sogenannten Überbrückungskrediten von der Anwendung des EKEG gelten die insolvenzrechtlichen Anfechtungsregelungen für diese Kredite weiterhin (*Dellinger in Dellinger/Mohr*, Eigenkapitalersatz-Gesetz: Kurzkommentar [2004] § 3 Rz 4).

26 *Karollus in Buchegger*, Insolvenzzrecht, § 3 EKEG Rz 7.

jedoch gestundet wird, erfüllt er – ungeachtet dessen, dass gestundete Kredite grundsätzlich nicht dem EKEG unterliegen – den Tatbestand eines Eigenkapital ersetzenden Kredites. Auch eine Reihe kurzfristiger Kredite, die stets aufs Neue gewährt werden („Loch-auf-Loch zu-Taktik“ bzw. „Kettenkreditverträge“), ist ein Kredit iSd EKEG.²⁷

Ein Waren- bzw sonstiger Kredit wird nicht vom EKEG erfasst, wenn das Entgelt, dass der Gesellschafter zB für die Bereitstellung einer Ware oder einer Arbeitsleistung erhält, für weniger als sechs Monate kreditiert wird. Hierbei kommt es – wie beim Geldkredit – nicht nur auf eine allfällige vertragliche Vereinbarung, sondern auf die tatsächliche Ausführung bzw die ernstliche Bemühung der Rückzahlung an.²⁸ Eine Besonderheit besteht beim Waren- bzw sonstigen Kredit aber hinsichtlich des Zeitausmaßes, wenn ein längeres Zahlungsziel branchenüblich ist (§ 3 Abs 2 EKEG). Die Branchenüblichkeit ist vom erfassten Gesellschafter nach den allgemeinen Regeln zu beweisen.²⁹ Nach *Vogt*³⁰ können als Beweise Gutachten der WKO oder Geschäftsunterlagen, aus denen ersichtlich ist, dass Kredite grundsätzlich für einen längeren Zeitraum gewährt werden, vorgelegt werden (Drittvergleich). Da normalerweise das Entgelt vom EKEG erfasst wird, kann ein Waren- bzw sonstiger Kredit, der ohne entgeltliche Gegenleistung überlassen wurde, nicht Eigenkapital ersetzend sein (§ 3 Abs 3 EKEG).

Das Stehenlassen oder die Stundung eines Kredites, der vor Eintritt der Krise gewährt wurde, erfüllt – entgegen der vor Einführung des EKEG von Rsp und Lehre vertretenen Auffassung – den Tatbestand des Kredites iSd EKEG nicht (§ 3 Abs 1 Z 3 EKEG).³¹ Die Erfassung eines stehen gelassenen Kredites würde den Gesellschafter zur Rückforderung des Kredites verleiten und dadurch die Gesellschaft erst recht in die Insolvenz treiben.³² Mangels Vorliegens eines Eigenkapital ersetzenden Kredites bei stehen gelassenen bzw gestundeten Krediten wirkt für diese Kredite die Rückzahlungssperre gem § 14 EKEG nicht. Es besteht jedoch bei der Rückzahlung des Kredites in der Krise die Möglichkeit der insolvenzrechtlichen Anfechtung, sofern die Voraussetzungen gem §§ 27 ff IO vorliegen. Diese Problematik bestand bereits vor Inkrafttreten des EKEG bei fällig gestellten Krediten, welche durch das stehen lassen umqualifiziert worden wären.³³

27 *Vogt in Schopper/Vogt*, Eigenkapitalersatzgesetz (2004) § 3 Rz 15; *J. Zehetner/U. Zehetner*, GBU 2004/02/08, 7.

28 *Karollus in Buchegger*, Insolvenzrecht, § 3 EKEG Rz 14.

29 ErlRV 124 BlgNR 22. GP, 14.

30 *Vogt in Schopper/Vogt*, EKEG, § 3 Rz 16.

31 *J. Zehetner/U. Zehetner*, GBU 2004/02/08, 7.

32 Nach *Kalss in Kalss/Rüffler*, Eigenkapitalersatz, 24, überzeugt dieses Argument nicht, da die Einführung des EKEG ua zur Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen von insolvenzreifen Gesellschaften führen soll.

33 *Schummer*, Ein Dauerbrenner: Die Anfechtung revolvingender Kontokorrentkredite, ÖBA 2002, 173 (179 f).

Auch Dienstleistungen bzw Nutzungsüberlassungen selbst erfüllen, entgegen der Rsp vor Inkrafttreten des EKEG, den Kreditbegriff des § 3 EKEG nicht. Eine Dienstleistung kann daher auch während der Krise jederzeit eingestellt werden, bzw ein Gegenstand kann jederzeit zurückgefordert werden. Dies gilt bis zur Eröffnung eines Insolvenzverfahrens.³⁴ Bei Eröffnung eines Insolvenzverfahrens gelten die Regelungen des § 25a IO, wonach ein Vertrag betreffend Dienstleistungen und Nutzungsüberlassungen dann nicht aufgelöst werden kann, wenn dies die Fortführung des Unternehmens gefährdet.

Neben den in § 3 EKEG normierten Kreditarten bestehen weiters Eigenkapital ersetzende Gesellschaftersicherheiten, die in §§ 15, 16 EKEG geregelt sind. Bei den Eigenkapital ersetzenden Gesellschaftersicherheiten ist nicht der Kredit, der von einem Dritten gewährt wurde, Eigenkapital ersetzend, sondern die vom Gesellschafter für den Drittkredit bestellte Sicherheit. Somit verbleibt das Finanzierungsrisiko im Umfang der Gesellschaftersicherheit beim erfassten Gesellschafter, und die Eigenkapital ersetzenden Regelungen können nicht umgangen werden.³⁵

2.2.3. Gesellschaft gemäß § 4 EKEG

§ 4 EKEG enthält eine taxative Aufzählung aller Gesellschaften, die Empfänger eines Eigenkapital ersetzenden Kredites sein können.

§ 4 EKEG

Gesellschaften im Sinne des § 1 sind:

1. Kapitalgesellschaften,
2. Genossenschaften mit beschränkter Haftung sowie
3. Personengesellschaften, bei denen kein unbeschränkt haftender Gesellschafter eine natürliche Person ist.

Die vom EKEG erfassten Gesellschaften sind ausschließlich Rechtsformen, die eine Beschränkung der Haftung der Gesellschafter vorsehen. Dies kann vor allem mit dem Grundsatz der Kapitalerhaltung und der Vermeidung der Risikoüberwälzung auf den Gläubiger erklärt werden. Bei jenen Rechtsformen, die keine Beschränkung der Haftung vorsehen, besteht – vor allem aufgrund der unbeschränkten Haftung der Gesellschafter – keine Möglichkeit, das Risiko auf die Gläubiger zu überwälzen, da diese grundsätzlich direkt auf den Gesellschafter greifen können. Somit besteht auch kein Interessenkonflikt zwischen der Finanzierungsfreiheit des Gesellschafters und dem Gläubigerschutz.³⁶

34 J. Zehetner/U. Zehetner, GBU 2004/02/08, 7.

35 Schopper/Vogt in Koller/Lovrek/Spitzer, IO, § 15 EKEG Rz 1.

36 Kalss in Kalss/Rüffler, Eigenkapitalersatz, 21.